Der
Begriff der verlorenen Sache
nach dem Fundrecht des BGB.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Roland Behrend
aus Hamburg.

ACAD. LAUREAT. ROST.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei.
1903.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Einleitung.
§ 2. Objektive Begriffsmerkmale.
§ 3. Subjektive Begriffsmerkmale.
§ 4. Praktisches Bedürfnis erweiternder Auslegung.
§ 5. Analogie bei der Auslegung des BGB im allgemeinen.
§ 6. Analoge Anwendung der Bestimmungen über den Fund.
§ 7. Mittelbarer Verlust.
§ 8. Fundrecht und unbeauftragte Geschäftsführung.
§ 9. Beweisfragen.
§ 10. Abweichende Auffassungen.
§ 11. Schluss.

Literaturverzeichnis.

Delbrück, Vom Finden verlorener Sachen, in Jherings Jahrbüchern B. III, S. 1 ff.

Bucholtz, Die gefundene Sache und ihre rechtliche Bedeutung nach gem. Recht. Diss. 93/94.

Sieveking, Der Finder und die gefundene Sache. Diss. 96.

Oesterreich, Das Recht des Finders verlorener Sachen. Diss. 98.

Igen, Rechtliche Stellung des Finders und dessen Erben in Beziehung auf die Fundsache. Diss. 98.

Blänckner, Die rechtliche Stellung des Finders verlorener Sachen. Diss. 1901.

Windscheid, Pandekten, 7. Aufl.

Dernburg, Pandekten, 5. Aufl.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, Band I in 1., Band II und III in 2. Aufl.

Endemann, Einführung in das Studium des BGB., Band I und II 3—5 Aufl.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, Band I in 4., Band II in 3. Aufl.

Ennecerus und Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. Aufl.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl.

Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts, Band I.

Leonhard, Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem BGB. —

Die Kommentare und Handausgaben des BGB. von Planck, Achilles u. s. w.

Biermann, Sachenrecht, 2. Aufl.; Kober-Staudinger, Sachenrecht, 2. Aufl.

Hölder, Allgemeiner Teil; Neumann, 3. Aufl.; Kuhlenbeck, 2. Aufl.; Fischer-Henle, 3. Aufl.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch, Band III.

Sämtliche angeführten Werke mit Ausnahme von Dernburgs Pandekten sind nur mit den Namen der Verfasser zitiert.

§ 1.

Während das römische und ebenso das gemeine Recht besondere Bestimmungen über den Fund nicht enthalten, sondern die sich aus dem Finden verlorener Sachen ergebenden Rechtsverhältnisse den Grundsätzen der negotiorum gestio unterwerfen, sind in den auf deutscher Rechtsanschauung beruhenden Partikularrechten vielfach besondere Bestimmungen über den Fund gegeben. Ihr hauptsächlicher Inhalt lässt sich dahin zusammenfassen, dass, falls sich niemand, dem ein Anspruch auf Herausgabe der Fundsache zusteht, innerhalb bestimmter Frist meldet, das Eigentum daran auf den Finder oder auch auf die Obrigkeit übergeht, in welch letzterem Falle dem Finder ebenso, wie wenn ein Berechtigter sich meldet, ein Anspruch auf Fundlohn zugebilligt wird.[1]

Im Anschluss an das deutsche Recht enthält auch das BGB. besondere Bestimmungen über den Fund. Das Fundrecht im allgemeinen ist in den

---

1) Vergleich für das römische und das gemeine Recht Windscheid I § 184 A. 7; Dernburg Pand. I § 206 sub 5, für das deutsche Recht Stobbe § 131 sub 1; Delbrück §§ 2—5: ferner Blänkner § 1; Jgen §§ 2—3; Mohr Einleitung S. 7—10.

§§ 965—77 geregelt, während die §§ 978—84 Spezialbestimmungen enthalten.[2]

Der grundlegende Begriff der §§ 965—77 ist der der „verlorenen Sache" (965). Mit ihm beschäftigt sich unsere Untersuchung. Eine ausdrückliche Definition dieses Begriffes gibt das Gesetz nicht. Es ist deshalb zur Ermittelung dessen, was nach dem BGB. unter einer „verlorenen Sache" verstanden wird, von dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens auszugehen.

Als verloren bezeichnen wir eine Sache jedenfalls dann, wenn sie uns abhanden gekommen ist,[3] und zwar ohne unsern Willen und so, dass wir nach dem Verlust nicht mehr wissen, wo sie sich befindet. Sind diese Merkmale gegeben, so ist die Sache jedenfalls „verloren". Zweifelhaft mag erscheinen, ob nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch das dritte Merkmal dem Begriff wesentlich ist;[4] doch braucht diese Frage hier nicht entschieden zu werden, da ihre Beantwortung für unsere Untersuchung, wie sich ergeben wird, ohne Bedeutung ist. Wir sehen also, dass der Begriff objektive und

---

2) Über die Besonderheiten der §§ 978—83 ist weiter unten zu sprechen, § 984 behandelt den völlig eigenartigen Fall des Schatzfundes, der mit dem gewöhnlichen Funde nur den Namen gemein hat.

3) Unbewegliche Sachen können natürlich nicht „abhanden kommen", und folglich auch nicht verloren werden. Die Bestimmungen über den Fund bilden denn auch einen Abschnitt des Titels über Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen cf. auch Delbrück § 6 N. 1.

4) cf. unten § 6.

subjektive Merkmale enthält, und es ergibt sich die Aufgabe, diese Merkmale genauer zu betrachten und sodann zu untersuchen, ob und wie die gesetzlichen Bestimmungen über den Fund sich bei der Annahme, dass das Gesetz unter der Bezeichnung „verlorene Sache" dasselbe verstehe, wie der gewöhnliche Sprachgebrauch, in befriedigender Weise erklären lassen, oder ob und welche Änderungen des diesem Sprachgebrauch entsprechenden Begriffs aus den positiven gesetzlichen Bestimmungen sich als vom Gesetzgeber gewollt ergeben.

Wenn nun auch das Gesetz eine Begriffsbestimmung ex professo nicht gibt, so braucht es doch an mehreren Stellen den Ausdruck „verloren", und es bedarf deshalb der Untersuchung, ob aus diesen eine Begriffsbestimmung zu gewinnen ist. Indes kann dies bis zur Erörterung der subjektiven Seite des Begriffes überhaupt aufgeschoben bleiben, weil, wie sich zeigen wird, die betreffenden Stellen nur in Bezug auf diese von Bedeutung sein können.

§ 2.

Bezüglich der objektiven Merkmale, mit deren Untersuchung wir beginnen, scheint die Auffassung nahe zu liegen, dass eine Sache dann verloren sei, wenn der Besitz an ihr verloren ist. In der Tat bedarf es keiner Ausführung, dass bei Besitzverlust das objektive Moment stets gegeben ist. Fraglich erscheint, ob es nicht auch sonst gegeben sein kann.

Die tatsächliche Gewalt über eine Sache, durch deren Erlangung der Besitz erworben wird, braucht nicht während der ganzen Dauer des Besitzverhältnisses aktuell zu sein. Es ist nicht nötig, dass der Besitzer diese Gewalt stets ausübt, es genügt, dass er sie jeden Augenblick ausüben kann. Ob diese Möglichkeit der Gewaltausübung gegeben ist, bestimmt sich aber nicht nach individuellen, subjektiven, sondern nach sozialen, objektiven Kriterien. Wer z. B. in Berlin wohnt und eine Sommerwohnung in der Schweiz hat, die er im Winter verschlossen, aber ohne Aufsicht lässt, behält den Besitz auch während der Dauer einer seine geistigen und körperlichen Kräfte zeitweilig lahmlegenden Krankheit, oder wenn er verarmt, so dass er nicht mehr die Mittel hat, nach seiner Sommerwohnung zu fahren oder einen Aufseher zu bestellen. Ein auf diese Tatsachen gestützter Einwand wäre seiner Besitzklage gegenüber unbeachtlich, trotzdem die Verhinderung in der konkreten Ausübung des Besitzes in diesen Fällen keineswegs ihrer Natur nach vorübergehend ist.

Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich schon daraus, dass sonst zum Fundament der Besitzklage der Nachweis gehören würde, dass die Gewaltausübung im einzelnen Fall tatsächlich möglich war. Damit wären aber die Besitzklagen illusorisch gemacht, und der Verletzte könnte dann ebenso bequem aus seinem Recht klagen. Es ergibt sich also, dass der Besitz sehr wohl ohne die tatsächliche

Möglichkeit praktischer Benutzung der im Besitz befindlichen Sache bestehen kann.[5]

Wenn nun auch der Besitz als Rechtsverhältnis nicht von der Möglichkeit konkreter Beherrschung der Sache abhängig ist, so doch die wirtschaftliche Benutzung der Sachgüter. Der Hauptzweck der gesetzlichen Bestimmungen über den Fund ist nun, wie später noch zu zeigen, der, das Eigentum zu schützen, aber natürlich nicht nur das Eigentum im rechtlichen Sinne, die nuda proprietas, sondern vor allem die wirtschaftliche Benutzung der Güter, das Eigentum im volkswirtschaftlichen Sinne.

Daher wird eine Anwendung der Bestimmungen über den Fund auch dann als geboten erscheinen, wenn sich eine Sache zwar rechtlich noch in der Besitzsphäre des „Verlierers" befindet, ihre wirtschaftliche Benutzung ihm aber trotzdem praktisch unmöglich ist und diese Unmöglichkeit durch das Finden beseitigt wird. Letzteres Moment kann nur dann gegeben sein, wenn die Unmöglichkeit der Benutzung darauf beruht, dass dem Verlierer der Ort, wo sich die verlorene Sache befindet, nicht bekannt ist, z. B. es ist ein Fingerring von einer Maus in ihr Loch geschleppt worden, oder ein Geldstück ist durch ein Loch in der Tasche in das Rockfutter gerutscht, ohne das der Eigentümer es merkt. In beiden Fällen ist der Besitz gewiss nicht aufgehoben, da — und wenn — die Sachen bei genauem

5) Über die Elastizität des Besitzbegriffes und die dementsprechende Unbestimmtheit des den Besitz bildenden Tatbestandes vgl. Dernburg II § 11, I; Buhl § 5, IV.

Suchen zu finden, also objektiv, wenn auch nicht für den vielleicht sehr zerstreuten Verlierer, beherrschbar sind. Trotzdem leistet das Dienstmädchen, die den Ring,[6] und der Schneider, der das Geldstück findet, dem Eigentümer genau denselben Dienst, den ihm derjenige leistet, der die auf der Strasse verlorenen Sachen zurückbringt; er verschafft ihm die Möglichkeit, sein Eigentum wieder zu benutzen. Es würde deshalb dem Rechtsgefühl widersprechen, wenn das Dienstmädchen oder der Schneider mit ihrem Anspruch auf Finderlohn deshalb abgewiesen werden sollten, weil die Sache sich noch im Besitz des Verlierers befand.

Es ergibt sich demnach, dass das objektive Moment des Verlorenseins auch dann gegeben ist, wenn trotz Fortdauer des Besitzes die Möglichkeit wirtschaftlicher Sachbenutzung nicht mehr vorhanden ist und diese Möglichkeit durch das Finden wiederhergestellt werden kann. Dieses Ergebnis steht in keiner Weise mit dem Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch. Denn da das Gesetz, wie erwähnt, eine ausdrückliche Definition nicht gibt, so war es nur eine von uns vorläufig gemachte Annahme, dass das objektive Moment des Sachverlustes sich mit Besitzverlust decke, eine Annahme, die sich eben bei näherer Betrachtung als nicht richtig erwies. Im Gegenteil stimmt unser Ergebnis zu dem Sprachgebrauch des Gesetzes, welchen wir, so lange dem

6) Die Frage, ob die Anwendung der Bestimmungen über den Fund in solchem Fall durch den Dienstvertrag vielleicht ausgeschlossen wird, ist hier nicht zu erörtern.

nichts entgegensteht, als mit dem des täglichen Lebens übereinstimmend annehmen müssen. Denn der gewöhnliche Sprachgebrauch bezeichnet allerdings Sachen, deren Besitz wir ohne die Möglichkeit ihrer praktischen Benutzung behalten haben, wie z. B. den Ring oder das Geldstück in den oben angeführten Fällen, als verloren.[7]

§ 3.

In subjektiver Beziehung betrachten wir nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch eine Sache jedenfalls dann als verloren, wenn sie uns wider unsern Willen abhanden gekommen ist und wir auch nicht wissen, wo sie sich befindet. Hier aber bedarf es nun zunächst der Untersuchung, ob und inwieweit diese Bedeutung dem aus verschiedenen Paragraphen des Gesetzes, in denen das Wort „verloren" gebraucht wird, vielleicht zu erschliessenden gesetzlichen Sprachgebrauch entspricht.

7) In den Kommentaren von Olshausen (6. Aufl. § 242 N. 17) und Franck (2. Aufl. § 242 V) zum StGB. wird die „verlegte" Sache der „verlorenen" gegenübergestellt und ausgeführt, dass der Gewahrsam an ersterer nicht aufhöre. Das ist sicherlich richtig; wenn man aber daraus die Folgerung ziehen wollte, dass eine Sache nur dann verloren sein kann, wenn sie aus dem Gewahrsam des letzten Inhabers gekommen ist, so würde darin wenigstens für das BGB. eine durch nichts begründete und nach unsern obigen Ausführungen auch inhaltlich unberechtigte petitio principii liegen.

In der Litteratur zum BGB. wird die oben erörterte Frage verschieden beantwortet, vgl. z. B. Buhl § 10 A. 2; Fischer-Henle § 965 A. 1, die mit dem Text übereinstimmen, einerseits und Endemann II § 36 A. 5 u. A. 9; Biermann § 965 A. I; Planck § 965 A. 1a; Dernburg III § 116 II, die Besitzverlust für unbedingt erforderlich erachten, andererseits.

Von verlorenen Sachen handeln die §§ 794, 935, 1006, 1007, vom Verlust der tatsächlichen Gewalt über eine Sache § 856,[8] vom Verlust des Eigenbesitzes § 940. Letztere beiden Stellen stehen zu den übrigen im Gegensatz: § 856,1 lautet: „Der Besitz wird dadurch beendigt, dass der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert". Aus den Worten „in anderer Weise" folgt bei streng grammatischer Auslegung, dass der Gesetzgeber auch das „Aufgeben" für eine Art des „Verlierens" hält. Denn die Worte „in anderer Weise" bedingen notwendig ein erstes, dem ein anderes gegenübersteht. Es kann nichts „in anderer Weise" verloren werden, wenn es nicht wenigstens in zwei Weisen verloren werden kann. Man kann z. B. eine Schuld „bezahlen oder in anderer Weise tilgen", weil das Bezahlen eben eine Art ist, Schulden zu tilgen; aber man kann sie nicht etwa „bezahlen oder in anderer Weise sich prolongieren lassen", obschon man sie „bezahlen oder sich prolongieren lassen" kann, denn der Begriff „anderer" schliesst eine Vergleichung ein, und seine Anwendung setzt mithin ein Vorhandensein vergleichbarer, also gleichartiger Begriffe voraus. Weiter aber: Wenn einem Begriff ein zweiter als ein „anderer" derselben Art entgegengestellt wird, so ist stets nur der erste individuell bezeichnet, der zweite aber generell. Näher: Der erste bezeichnet eine Art, der zweite die Gattung mit Ausschluss

8) Selbstverständlich bleiben die Stellen, in denen von Rechtsverlust die Rede ist, hier ausser Betracht.

dieser einen Art, z. B. die Franzosen und die anderen Romanen, Cicero und die andern römischen Redner.

Demgemäss würde sich aus § 856 ergeben, dass unter den Gattungsbegriff „verlieren" auch der Artbegriff „Aufgeben fällt. Nun kann man aber unter „Aufgeben" ohne weiteres nur eine bewusste und gewollte Handlung verstehen, und so würde nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes von „verlieren" auch bei bewussten und gewollten Handlungen gesprochen werden können?

Dieses Ergebnis wird zwar durch den Wortlaut des § 940 („ohne seinen Willen verloren", also auch verlieren mit Willen möglich!) unterstützt widerspricht aber sicherlich dem allgemeinen Sprachgebrauch in schärfster Weise, und nicht minder dem des Gesetzes in den §§ 794, 935, 1006, 1007.

§ 794: „Der Aussteller wird aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber auch dann verpflichtet, wenn sie ihm gestohlen worden oder verloren gegangen oder wenn sie sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist". Da „sonst" ebenso viel heisst, wie „in anderer Weise", so wird hier umgekehrt „verloren gehen" für einen zu dem Gattungsbegriff „wider Willen (hier des Ausstellers) in den Verkehr gelangen" gehörenden Artbegriff erklärt.[9] Ebenso ergibt sich aus § 935 und den insoweit gleichlautenden §§ 1006, 1007 BGB. und

9) Man könnte meinen, dass sich das „sonst" ausschliesslich durch die Bezugnahme auf „gestohlen werden" erklären lasse, aber dem widerspricht die Wortstellung.

auch § 367 HGB. „verloren gehen“ als Unterbegriff von „abhanden kommen“. Der Begriff „abhanden kommen“ schliesst aber zweifellos eine beabsichtigte Tätigkeit desjenigen, dem etwas abhanden kommt, aus.

Der nicht wegzuleugnende Gegensatz in der Ausdrucksweise der hier besprochenen Paragraphen muss zu Gunsten der zweiten Gruppe entschieden werden, weil die Sprachweise der §§ 856, 940 sowohl zu dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, wie zu dem von dem Gesetz überwiegend befolgten, in direktem Gegensatz steht. Es müssen also die Worte „in anderer Weise“ in § 856 und „ohne seinen Willen“ in § 940 als nur auf einer Ungenauigkeit des Ausdruckes beruhend betrachtet und es darf ihnen demgemäss keine Bedeutung beigelegt werden.

§ 4.

Dieses bezüglich der subjektiven Seite unseres Begriffes gewonnene Ergebnis führt zu Konsequenzen, die im Leben kaum erträglich sein dürften. Zwei Beispiele mögen dies zeigen.

Nach Zeitungsnachrichten unterschlug vor einiger Zeit ein Angestellter einer Bank einen grösseren Betrag. Einige Tage nach Verübung der Tat stellte er sich der Polizei, gab einen Teil des Betrages ab und erklärte, den grösseren Teil — etwa 50000 Mk. — versehentlich verloren zu haben. Letztere Behauptung erwies sich bald als unwahr, das Geld wurde im Walde versteckt gefunden. Hätte nun die Bank den Anspruch des Finders auf Fundlohn mit der Begründung ablehnen können,

dass der Angestellte — denn die bestohlene Bank hat ja nichts „verloren“ — die Sache absichtlich versteckt gehabt habe, es sich also nicht um „eine verlorene“ Sache handele? Und wenn der Finder ihr vorstellte, dass der Zweck des Fundrechts in erster Linie der sei, das Eigentum zu schützen, sodann aber auch der, dem Finder für seine Bemühungen und den Dienst, den er dem Eigentümer (oder sonstigen Empfangsberechtigten) erweise, eine der Billigkeit entsprechende Belohnung zu sichern, dass weiter ihr Eigentum schwerlich in höherem Grade gefährdet sein könne, als wenn es von einem Verbrecher genommen und im Walde versteckt ist, und dass auch seine Mühe dadurch, dass es eben absichtlich versteckt war, in keiner Weise geringer geworden sei, -- sollte sie dann antworten können: „Das mag alles sehr richtig sein, aber infolge des für uns so glücklichen Umstandes, dass das Geld absichtlich versteckt wurde, handelt es sich nicht um eine verlorene Sache, also hast Du keinen Anspruch auf Finderlohn. Wir danken Dir sehr für Deine Bemühungen, und damit ist die Sache für uns erledigt“?

Ein zweiter Fall. A verliert auf der Strasse sein Portemonnaie, ohne es zu merken. B findet es und hat natürlich Anspruch auf Finderlohn. Gesetzt aber, A hat es nicht verloren, sondern ein Taschendieb hat es ihm entwendet und es dann, da er verfolgt wurde, auf der Flucht fortgeworfen, und nun

findet B es. Hier wäre kein Anspruch auf Finderlohn gegeben![10]

Dass solche Entscheidungen dem Rechtsgefühl nicht entsprechen, ist klar. Es entsteht deshalb die Frage, ob nicht durch richtige Auslegung des Gesetzes ein den Bedürfnissen des Rechtslebens genügendes Ergebnis erzielt werden kann.

§ 5.

Es liegt auf der Hand, dass es nicht zulässig ist, den Begriff „verlorene Sache" im Gegensatz zu dem allgemeinen und dem gesetzlichen (§ 3) Sprachgebrauch so aufzufassen, dass unter ihn auch die

10) Ein verwandter Fall ist vom Oberlandesgericht Hamburg entschieden. (Hanseatische Gerichtszeitung 1903. Beiblatt N. 12 Entscheidung N. 40.) Es sieht jemand, wie ein anderer sich in einer Stadtanlage in auffallender Weise zu schaffen macht. Nach Entfernung des Betreffenden sieht er nach und findet 195 M. in einem Pappkasten verscharrt. Er liefert das Geld als gefunden der Polizei ab und erhebt später als Finder (und auf Grund anderer hier nicht interressierender Konstruktion) Eigentumsansprüche. Das Gericht erklärt Eigentumserwerb durch Fund für nicht gegeben, da „das gesetzliche Merkmal des Fundes nur erfüllt ist, wenn für den bisherigen Inhaber der Gewahrsam aufgehört hat und ihm über den Verbleib der Sache eine bestimmte oder sichere Wissenschaft fehlt". Der Annahme, dass der Gewahrsam des Inhabers hier fortbestand, dürfte kaum beizupflichten sein (cf. Anm. 15). Die Gleichgültigkeit des Momentes des Wissens soll später dargelegt werden. Um sich darüber klar zu werden, wie wenig die Grundsätze dieser Entscheidung dem Rechtsgefühl entsprechen, denke man sich folgenden Tatbestand: Das Geld war gestohlen und von dem eine Haussuchung fürchtenden Dieb vergraben. Der Bestohlene hat nur durch den Kläger sein Eigentum zurückerhalten. Trotzdem wäre die Klage auf Fundlohn abzuweisen, weil der bisherige Inhaber (der Dieb), den Gewahrsam noch hätte und wüsste, wo sich die Sache befindet.

mit Wissen und Willen des Besitzers „abhanden gekommene“ Sache fällt. Wohl aber kann und muss untersucht werden, ob man nicht durch analoge Anwendung der Bestimmungen des Fundrechts auf die oben erwähnten Fälle zu praktisch befriedigenden Resultaten gelangen kann.

Analoge Anwendung eines Rechtssatzes liegt nach Bindings vorzüglicher Definition (Grundriss des Deutschen Strafrechts, allgemeiner Teil, 6. Aufl. § 21 II A 3) dann vor, wenn von einem Rechtssatze aus Bruder- und Schwesterrechtssätze zu ihm entwickelt werden. „Dies ist zulässig, wenn jener Rechtssatz einzelne Anwendung eines höheren Prinzipes ist, der Gesetzgeber aber nicht lediglich die einzelne Konsequenz, sondern das ganze Prinzip hat anerkennen wollen. Die Analogie ist nicht Auslegung [wohl zu ergänzen: im engeren Sinne, als grammatische und logische Interpretation], sondern Entdeckung latenten Rechts“ (l. c.). Dass diese Art wissenschaftlicher Bearbeitung des von dem Gesetz unmittelbar gebotenen Rechtsstoffes auch gegenüber dem BGB. zulässig und notwendig ist, bedarf keiner Ausführung [11].

11) Wenn das BGB. im Gegensatz zum römischen Recht (l. 10—13 D. I 3) und zum ersten Entwurf Bestimmungen über die Anwendung der Analogie nicht enthält, so kann aus diesem Stillschweigen des Gesetzgebers doch nichts weiter geschlossen werden, als dass die Entscheidung hierüber der Wissenschaft vorbehalten bleiben sollte; sonst müsste man annehmen, dass nicht nur die Analogie, sondern jede über die engste Wortauffassung hinausgehende Auslegung des Gesetzes mangels einer ihre Anwendung regelnden Bestimmung unzulässig wäre. Ebenso aber, wie es ein feststehendes Ergebnis der Forschungen der

In Frage kommt nun aber, ob wir nachweisen können, dass die Bestimmungen des Fundrechts nur „einzelne Anwendungen eines höheren Prinzipes" sind und dass der Gesetzgeber nicht nur „die einzelne Konsequenz, sondern das ganze Prinzip" habe anerkennen wollen.

§ 6.

Was ist nun das rechtlich Interessante daran, dass eine Sache verloren ist? Ein solcher Umstand mag wirtschaftlich — es hat jemand eine Brieftasche mit Wertpapieren verloren und geht daran finanziell zu Grunde —, oder menschlich — es verliert jemand ein ihm wertvolles Andenken — sehr viel des

---

hist rischen Schule ist, dass jedes Gesetz in erster Linie durch die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Verhältnisse zur Zeit seiner Entstehung bestimmt ist, und also, innerhalb gewisser Grenzen, garnicht anders sein könnte, als es ist; ebenso bedarf es heute keiner Ausführung mehr, dass der Gesetzgeber garnicht in der Lage ist, alle denkbaren Fälle durch direkte Bestimmungen zu regeln, und dass daher ein Gesetz, das die analoge Anwendung seiner Bestimmungen ausschlösse, der Rechtsprechung unmöglich eine genügende Grundlage bieten könnte. Die Zulässigkeit analoger Anwendung der Bestimmungen des BGB. wird denn auch allgemein und, als eine feststehende Sache, mit Recht ohne weitere Begründung angenommen. (cf. z. B. Eck, Vorträge über das BGB. § 9; Endemann I § 10 A. II 3; Planck I Vorbemerkungen II, 1; Dernburg I S. 79; Leonhard § 20; Matthiass I S. 36 E.; Crome I § 21, II; Hölder Einleit. II S. 20–21; Enneccerus-Lehmann I § 5. III; Cosack I § 10. Für weitgehende analoge Anwendung der Bestimmungen des BGB. Gradenwitz, Anfechtung und Irrtum beim Reurecht § 15.

Soweit wir sehen, ist Menger (Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, § 9 2. Aufl. S. 22 ff.) der einzige Zivilist, der sich — und auch nur de lege ferenda — gegen die Analogie ausspricht. Auch er aber erkennt an, dass die Bestimmungen des Gesetzes einer Ergänzung bedürfen.

Interessanten bieten, aber rechtlich sind solche Momente gewiss gleichgültig.

Es ist offenbar das Regelmässige, dass sich die Sachgüter zu dem Menschen in einem Verhältnis befinden, durch das ihm eine ihrer Bestimmung entsprechende Benutzung ermöglicht wird. Kommen sie nun aus seinem normalen Herrschaftsbereich heraus, so besteht die Gefahr, dass sie ihm dauernd abhanden kommen. Die Rechtsordnung wird also Veranlassung haben, Motive zu schaffen, die dem entgegenwirken. Sie tut dies unter Benutzung des menschlichen Eigennutzes, indem sie demjenigen, der eine „verlorene" Sache dem Berechtigten zurückbringt, einen Anspruch auf angemessene Belohnung gibt. Sie erkennt damit erstens an, dass durch solche Belohnung die Aussicht des Verlierers auf Rückerlangung seines Eigentums gesteigert wird, und zweitens, dass dem Finder für seine Bemühungen und für den Vorteil den er dem Verlierer verschafft, nach Billigkeit ein Anspruch auf Vergütung zusteht.

Auf diesen Erwägungen beruht das Fundrecht. Um hierüber ausser Zweifel zu sein, braucht man nur, nach Jhering's Vorschlag (Scherz und Ernst, Anm. 6 zu „Im juristischen Begriffshimmel", 5. Aufl. S. 323) sich den Zustand zu vergegenwärtigen, wie er ohne diese Bestimmungen sein würde. Der diligens pater familias wird schwerlich einen gefundenen Gegenstand an sich nehmen, wenn er nichts davon haben kann, als Laufereien und

Scherereien,[12] abgesehen davon dass auch der Versuchung zur Unterschlagung durch die in Aussicht stehende Belohnung ein Gegenmotiv gebildet wird. Wenn das Gesetz bei der Regelung des Fundes in öffentlichen Räumen diesen Erwägungen nicht Rechnung getragen hat, so folgt daraus natürlich nicht, dass dieselben nicht den ja anders gestalteten Bestimmungen über den gewöhnlichen Fund zu Grunde liegen. Es dürfte schwer anzugeben sein, welche Erwägungen hier massgebend waren, wenn nicht die soeben angegebenen. Die abweichende Gestaltung der §§ 978 ff. scheint uns von dem Gesichtspunkt aus zu erklären, dass der Finder, der ja die Sache der Behörde u. s. w. sogleich abliefern soll, irgend welche Mühe nicht aufwendet, und dass auch die Gefahr eines definitiven Verlustes hier weniger naheliegend erscheint.[13] Um zu dem Normalfall zurückzukehren, so bedarf es wohl nicht der Bemerkung, dass die legislativen Gründe nicht in jedem einzelnen Fall zuzutreffen brauchen. Es mag etwa eine Gefehr für das Eigentum tatsächlich

12) Man könnte einwenden, dass ja nach den Partikularrechten das Institut des Fundlohns nicht überall bestand. Indes einmal hat sich nun eben das BGB. auf den entgegesetzten Standpunkt gestellt und damit jenen der bezüglichen Partikularrechte verworfen, und sodann hat sich in solchen Gebieten die Sitte, durch Zeitungsanzeigen Belohnungen für das Wiederbringen verlorener Sachen zu versprechen, allgemein eingebürgert.

13) Über die rechtspolitischen Grundlagen des Fundrechts vgl. Mugdan S. 659—60 (Protokolle S. 3810—11), über den Fund in öffentlichen Räumen u. s. w. Mugdan S. 215,2 (Motive S. 387—88). Ob die letzteren Bestimmungen rechtspolitisch zu billigen sind, dürfte zweifelhaft sein. Übereinstimmend Endemann II § 87 A. 23.

nicht bestanden haben, weil die Sache sogleich von jemandem gefunden wurde, der sie auch dann zurückgebracht hätte, wenn ein Anspruch auf Finderlohn vom Gesetz nicht anerkannt würde, und es mag zugleich das Verlangen nach Finderlohn sehr unbillig erscheinen, weil etwa der Verlierer sehr arm und der Finder sehr reich ist, so wird der Anspruch doch begründet sein.

Sind nun die obigen Ausführungen richtig, so scheint es völlig unwesentlich, ob der Verlierer nachträglich weiss, wo er seine Sache verloren hat,[14] und sogar, ob der Verlust mit oder ohne seinen Willen eingetreten ist; es scheinen also nicht alle Begriffsmerkmale der verlorenen Sache, wie sie das Gesetz aufstellt, mit dem Wesentlichen des Tatbestandes verknüpft zu sein. In der Tat, wenn ich mein Opernglas im Theater vergesse und, sowie ich zu Hause bin, mir einfällt, dass ich es dort liegen gelassen habe, ändert sich dadurch das geringste daran, dass mein Eigentum gefährdet ist und dass derjenige, der es mir zurückbringt, es sichert? Richtig ist ja, dass der Verlierer, wenn er den Ort des Verlustes kennt, möglicherweise die Sache selbst sichern kann. Die Gefahr wird also vielleicht geringer sein, als sie sonst wäre. Indes genügt es dem Gesetz, dass im allgemeinen eine Gefahr vorliegt. Individuelle Umstände, welche diese

14) Das Moment des Wissens spielt in der Fundlehre noch insofern eine Rolle, als in der gemeinrechtlichen Theorie von manchen Verlust nur dann als vorliegend angenommen wurde, wenn das Verlorengehen für den Verlierer unbewusst erfolgt. Dagegen treffend Bucholtz S. 14 oben; Bläukner S. 15 oben.

Gefahr ausschliessen — ich vergesse meinen Schirm bei einem Freunde, der dies sogleich bemerkt und ihn mir sofort nachbringt — oder zu einer besonders geringen machen, sind gleichgültig.

Übrigens schliesst die Kenntnis des Orts, wo die Sache verloren ist, keineswegs immer die Möglichkeit ein, sich wieder in ihren Besitz zu setzen; z. B. es verliert jemand in Berlin am Bahnhof ein Gepäckstück, er fährt nach Hamburg und dort fällt ihm ein, dass er seine Reisetasche am Berliner Bahnhof verloren haben muss. Auch wäre die Kenntnis des Verlierens ein dem Grade nach zu unbestimmtes Moment, um als rechtlich erheblich angesehen werden zu können. Wenn sie 8 Tage oder 2 Monate nach dem Verluste erst entsteht, soll dies noch von Bedeutung sein?

Zweifelhafter mag es erscheinen, ob man von „verlieren" auch dann sprechen kann, wenn der Gewahrsam einer Sache absichtlich aufgegeben worden ist. Auf den ersten Blick könnte man annehmen, dass diese Frage ohne praktische Bedeutung sei. Wenn jemand, so scheint es, absichtlich den Besitz aufgibt, ohne ihn einem andern zu übertragen, so wird er auch das Eigentum aufgeben, also die Sache derelinquieren wollen.

Aber es handelt sich eben nicht allein um den Eigentümer, und auch dieser kann sehr wohl sich des Gewahrsams einer Sache entäussern, ohne sein Recht aufgeben zu wollen — z. B. es vergräbt jemand Juwelen, um sie vor einer drohenden Zwangsvollstreckung zu sichern, es wird jemand

von einem Räuber ausgeplündert und wirft unbemerkt seine goldene Uhr weg, um sie später wieder an sich zu nehmen, ein ins Wasser Gefallener entledigt sich seiner Kleider, um besser schwimmen zu können, bei einer Zollrevision wirft jemand Sachen weg, um sie später wieder zu holen, vergl. auch Anm. 10, wo es sich natürlich nicht um den Eigentümer handelt.

Weiter gehört hierher z. B. der Fall, dass der Mieter oder Leiher einer beweglichen Sache den Gewahrsam derselben vorsätzlich oder fahrlässig aufgibt, ohne sie dem Vermieter oder Verleiher zurückzugeben.

In all diesen Fällen sind die beiden Momente: Gefährdung des Eigentums und Bemühungen des Finders, gegeben Es darf auf die oben § 4 angeführten Beispiele dafür verwiesen werden, dass die Gefährdung des Eigentums sogar in besonders hohem Masse gegeben sein kann, und dass das Moment der Absichtlichkeit des Besitzverlustes oft nur eine ganz unwesentliche Änderung des Tatbestandes bewirkt. Es ist schon ausgeführt worden, zu welch' unerträglichen Resultaten es führen würde, in solchen Fällen die Anwendung der Bestimmungen über den Fund um deswillen auszuschliessen, weil das Moment der Unabsichtlichkeit des Verlustes fehlt, ein Moment, dessen innere Bedeutung für den Tatbestand nicht ersichtlich ist

Es ist dabei zu beachten, dass man nur die Wahl hat, entweder das Moment der Absichtlichkeit für unwesentlich zu erklären oder auch in diesen

Fällen die Möglichkeit eines „Fundes“ zu verneinen. Dann bleibt zwar derjenige, der eine Sache, deren Besitz absichtlich aufgegeben ist, findet, noch immer unbeauftragter Geschäftsführer, aber dies ist ein rein theoretischer Trost; denn als solcher hat er weder einen Anspruch auf die geringste Belohnung, noch die Möglichkeit des Eigentumserwerbes, wohl aber ist er zum Entgelt dafür für jedes Verschulden verantwortlich. Man kann auch nicht einwenden, dass z. B., wenn jemand sein Eigentum im Walde vergräbt, um es vor seinen Gläubigern zu sichern, eine Gefahr nicht besteht, da ja vielleicht niemand sonst den Versteck kennen wird. Denn es ist schon bemerkt worden, dass das Gesetz das tatsächliche Vorliegen einer Gefahr im einzelnen Falle nicht verlangt, vielmehr von dem gewiss zutreffenden Gesichtspunkt ausgeht, dass Sachgüter, wenn sie aus dem Gewahrsam des Besitzers ausscheiden, ohne in den eines anderen zu kommen, normaler Weise gefährdet sind. Dass aber jemand an Sachen, die er im Walde vergräbt, keinen Besitz hat, bedarf keiner Ausführung, denn der Besitz besteht nur so lange, wie sich die besessene Sache entweder direkt in unserer tatsächlichen Gewalt oder doch in einem derartigen Verhältnis zu uns befindet, dass andere normaler Weise unsern Besitz anerkennen, wie sich z. B. der Pflug, den wir auf unserm Acker stehen gelassen haben, nicht aber ein dortselbst vergessenes Buch noch in unserm Besitz befindet.[15]

15) Dernburg Bd. III S. 43; Endemann II §§ 34, 38.

Wer hingegen eine Sache in seinem Garten vergräbt, behält den Besitz.

Aus diesem letzten Beispiel lässt sich ein weiterer Beweis für die Gleichgültigkeit des Moments der Absicht herleiten. Gesetzt nämlich, der Eigentümer, der seine Sache mit Wissen und Willen im Walde vergraben hat, vergisst den Ort des Verstecks und kann ihn trotz aller Mühe nicht wiederfinden. Dass die Sache jetzt als eine verlorene behandelt werden muss, ist selbstverständlich. Geändert hat sich nur das Moment des Wissens. Da aber, wie oben ausgeführt, dies für den rechtlichen Tatbestand gleichgültig ist und sein Vorhandensein diesen nicht beeinflusst, kann auch sein Nichtvorhandensein einen Einfluss nicht ausüben.[16] Man kann also nicht etwa argumentieren, dass durch das Wegfallen dieses Moments erst der Tatbestand des Verlustes gegeben werde und muss demnach anerkennen, dass auch das Moment der Absicht bei der Aufgabe des Besitzes diesem Tatbestand nicht entgegensteht.

§ 7.

Gegenüber den Ergebnissen des vorigen Paragraphen könnte der Einwand naheliegend erschienen,

16) Es muss beachtet werden, dass hier nur von der subjektiven Seite des Begriffes die Rede ist. Man könnte meinen, dass durch das Wegfallen des Wissens die Möglichkeit der Beherrschung der Sache aufgehoben und somit Verlust herbeigeführt würde. Indess würde sich diese Erwägung nur auf das objektive Moment beziehen und die Tatsache nicht aus der Welt schaffen, dass die Sache mit Wissen und Willen vergraben ist, und sodann ist ja, wie oben erörtert, der Besitz einer im Walde vergrabenen Sache trotz des Wissens schon verloren.

dass die Sache zwar nicht dem Verlierer, wohl aber dem Eigentümer wider Wissen und Willen abhanden gekommen sei und dass in letzterer Tatsache die Rechtfertigung für die Anwendung der Bestimmungen über den Fund gelegen, diese Anwendung also durch das Vorhandensein jener Tatsache bestimmt sei. Allerdings wenn B. das dem A. gestohlene und von dem Diebe C. auf der Flucht fortgeworfene Portemonnaie findet, so ist es zwar nicht dem C., wohl aber dem A wider Wissen und Willen abhanden gekommen. Aber einmal würde dieser Einwand nicht in allen Fällen zutreffen — z. B. der Eigentümer vergräbt seine Sache oder der Mieter delinquiert die gemietete Sache, oder der Bankangesellte verbirgt das nicht gestohlene, sondern unterschlagene Geld-, und sodann lässt das Gesetz das Recht des Verlierers an der verlorenen Sache und den Weg, wie er in den Besitz derselben gelangt ist, völlig ausser Betracht. Es handelt vom „Verlierer" und der „verlorenen Sache" ohne Rücksicht auf die sonstigen Rechtsverhältnisse.

Es wäre also eine im Gesetz nicht begründete Willkür, danach, wie der Verlierer in den Besitz der Sache gekommen ist, unterscheiden zu wollen, ganz abgesehen davon, dass solche Unterscheidung z. B. dazu führen würde, „Verlust" als vorliegend anzunehmen, wenn ein Angestellter seinem Prinzipal Geld stiehlt und es dann verbirgt, aber nicht, wenn das Geld unterschlagen war.

Diese unerträgliche Verschiedenheit in der Behandlung gleichartiger Fälle, zu der man auf grund

der von uns bekämpften Ansicht notwendig gelangen müsste, würde schon für sich allein deren Verwerfung rechtfertigen.

§ 8.

Mit den Ausführungen der vorhergehenden Paragraphen glauben wir nachgewiesen zu haben, dass die analoge Anwendung der Bestimmungen über verlorene Sachen auf alle aus dem normalen Herrschaftsbereich des Besitzers gekommene Sachen logisch zulässig und praktisch geboten ist. Wir versuchen im Folgenden einen weiteren Beweis für die Richtigkeit unserer Ansicht auf indirektem Wege zu erbringen, indem wir prüfen, wie die Rechtslage des „Finders" einer nicht im strengen Sinne des Worts verlorenen Sache sein würde, wenn unsere Ansicht falsch wäre. Sollte sich zeigen, dass solchenfalls die Rechtslage eine unhaltbare wäre, so würden wir darin eben den gesuchten weiteren Beweis gefunden haben.

Wie wäre nun vom Standpunkt der von uns bekämpften Auffassung aus der „falsche Finder" wie wir der Kürze halber uns ausdrücken wollen, rechtlich zu charakterisieren?

Nach römischem Recht galt der Finder — selbstverständlich nur der ehrliche — als negotiorum gestor[17] und dasselbe muss für das BGB. angenommen werden.

17) Windscheid B. I. § 184 A. 7, Dernburg Pand. B. I. § 206 N. 5. Buhl, § 10 N. 1, Kuhlenbeck B. II. Vorbem. S. 115. Blänkner § 7 Mohr § 4 A. 1 (mit eingehender Literaturangabe auf die verwiesen wird).

Man könnte einwenden, dass durch die ausdrückliche Normierung des Fundrechts die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen der Geschäftsführung ohne Auftrag eben ausgeschlossen und damit dem Finder der rechtliche Charakter des unbeauftragten Geschäftsführers genommen sei. Indessen, wenn das Gesetz einen untergeordneten neben dem übergeordneten Begriff ausdrücklich regelt, so ist zwar die selbstverständliche Folge hiervon, dass, soweit die abweichende besondere Regelung weicht, die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen ausgeschlossen ist, aber dies bewirkt nicht eine Aufhebung des logischen Verhältnisses zwischen übergeordneten und untergeordnetem Begriff, die das Gesetz überhaupt nicht bewirken kann.

Selbstverständlich sind die Begriffe aus dem Gesetz zu entwickeln und nicht das Gesetz nach vorgefassten Begriffen auszulegen, aber die Begriffsentwickelung aus dem Gesetz muss nach logischen Grundsätzen erfolgen, unbekümmert darum, wie weit der Gesetzgeber aus praktischen Rücksichten in der ausdrücklichen Entwickelung von untergeordneten Begriffen gegangen ist. Solche Entwickelung kann wohl den einen Begriff gesetztechnisch hervorheben, während ein gleichgeordneter nicht ausdrücklich erwähnt wird, aber sie lässt den logischen Wert der Begriffe unberührt. Für unsere Erörterung ist es übrigens gleichgültig, ob man den Finder direkt als unbeauftragten Geschäftsführer bezeichnet, oder ob man sich begnügt, die ergänzende Anwendbarkeit der Bestimmungen über den unbeauftragten Ge-

schäftsführer auf ersteren anzuerkennen.[18] Es liesse sich aber der Einwand erheben, dass das von uns behauptete logische Verhältnis der beiden Begriffe nicht vorhanden sei. Besorgt denn überhaupt der Finder fremde Geschäfte und nicht vielmehr seine eigenen? In der Tat, wenn ich eine verlorene Sache finde, an mich nehme, und weiter wie ein Finder mit ihr verfahre, wird da im allgemeinen das mich bestimmende Motiv nicht die Aussicht auf den Finderlohn ausschliesslich oder jedenfalls in weit höherem Grade sein, als die Absicht, dem mir ganz unbekannten Verlierer (Eigentümer u. s. w.) zu nützen? Indessen wäre bei diesem Einwand übersehen, dass der Begriff der unbeauftragten Geschäftsführung nicht nach psychologischen, sondern nach rechtlichen Gesichtspunkten zu bestimmen ist. Der Auftrag wie die unbeauftragte Geschäftsführung haben zu ihrem Inhalt die Besorgung juristisch fremder Geschäfte durch den beauftragten oder unbeauftragten Geschäftsführer. Das psychologische Verhältnis des Geschäftsführers zu dem von ihm besorgten Geschäft kann sehr verschieden sein.

Betrachten wir zunächst die Bestimmungen des römischen Rechts, so finden wir beim Mandat fünf Arten unterschieden: „mandatum mea tantum gratia, aliena tantum gratia, mea et aliena gratia, mea et

18) Mit uns bezeichnen den Finder als unbeauftragten Geschäftsführer Biermann A. 2 und 5 zu § 965 und Dernburg § 116. IV. Planck (Vorbem. 2 auf S. 226), Kober § 965 A. 3, und Neumann § 965 A. 1 drücken sich unbestimmt dahin aus, dass eine Ergänzung der Bestimmungen des Fundrechts durch die über unbeauftragte Geschäftsführung zulässig sei

tua gratia, tua et aliena gratia."[19] Eine ähnliche Mannigfaltigkeit der psychologischen Beziehungen ist bei der unbeauftragten Geschäftsführung gegeben: sie kann erfolgen nur für den Geschäftsherrn, für diesen und den Geschäftsführer, für ersteren und einen Dritten, nur für einen Dritten, für diesen und den Geschäftsführer.[20]

Das BGB. enthält weder beim Auftrag noch bei der unbeauftragten Geschäftsführung Bestimmungen über diese Frage. Schon aus diesem Stillschweigen muss dasselbe Resultat, wie es sich uns für das römische Recht ergeben hat, gefolgert werden, denn da die beiden Rechtsgeschäfte durchaus nicht mit logischer Notwendigkeit eine bestimmte physologische Relation verlangen, und da eine solche ebensowenig vom Gesetz vorgeschrieben ist, wäre es willkürlich, die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen auf eine der möglichen Relationen zu beschränken. Die nächstliegende Kasuistik führt zu demselben Resultat. Ist der Rechtsanwalt, der in einem Sensationsprozess sich mit der Verteidigung des Angeklagten beauftragen lässt, nicht mehr Beauftragter, weil sein Motiv mehr die Hoffnung, bekannt zu werden, ist, als das Interesse an der Freisprechung des Angeklagten? Ist, wer die Geschäfte eines Ab-

19) L. 2 D. XVII, 1, mand. pr, §§ 1—5 Inst. h. t. III 26, dazu Dernburg Pand. II § 115.

20) Dernburg Pand. II § 122 am Anfang, Windscheid II § 431.

21) Über den psychologischen Charakter der unbeauftragten Geschäftsführung vgl Dernburg B. II. § 300 I. Oertmann Schuldverhältnisse S. 413 N. 4.

wesenden führt, weil er hofft, reich belohnt zu werden, nicht mehr unbeauftragter Geschäftsführer?

Wir gelangen demnach zu dem Ergebnis, dass der Begriff des Finders dem des Geschäftsführers ohne Auftrag untergeordnet ist. Hieraus folgt, was allein für uns von Interesse ist, dass auch der „Finder" einer nicht im strengen Sinne verlorenen Sache jedenfalls als unbeauftragter Geschäftsführer zu betrachten, aber, wenn die von uns bekämpfte Ansicht richtig ist, im Gegensatz zum wahren Finder nicht den besonderen Regeln des Fundrechts unterworfen ist. Untersuchen wir die Folgen dieses Ergebnisses.[22] Der Normalfall der unbeauftragten Geschäftsführung ist der, dass der Geschäftsführer objektiv fremde Geschäfte besorgt und dies seiner Absicht entspricht. Diesen Fall legen wir unserer Untersuchung zunächst zu grunde, indem wir die Erörterung abweichender Gestaltungen für den Schluss dieses Paragraphen vorbehalten. Das Fundrecht regelt die Interessen des Verlierers (Eigentümers, sonstigen Empfangsberechtigten) einerseits, des Finders andererseits. Dementsprechend enthält es Bestimmungen, welche die Interessen des Empfangsberechtigten und solche, welche die des Finders zu wahren bezwecken. Fasst man den Inhalt dieser Bestimmungen systematisch kurz zusammen, so ergibt sich Folgendes:

---

22) Wenn man es selbst ablehnen wollte, den eigentlichen Finder als unbeauftragten Geschäftsführer zu betrachten, so wird man doch den „falschen Finder", für den ja keine ausdrückliche Regelung gegeben ist, ohne weiteres als solchen gelten lassen müssen.

1. Schutz des Empfangsberechtigten: Der Finder ist verpflichtet einem Empfangsberechtigten, eventuell der Polizeibehörde, Anzeige vom Funde zu machen. (§ 965) Er hat die Sache zu verwahren, eventuell nach Anzeige an die Polizeibehörde öffentlich versteigern zu lassen (§ 966). Er ist berechtigt und, was das Wichtigste, auf Anordnung der Polizeibehörde verpflichtet, die Sache an diese abzuliefern. (§ 967). Die Intensität des Schutzes wird bestimmt durch § 968 (Haftung des Finders nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit) und die Spezialbestimmung des § 969 (siehe Exkurs zu § 8 dieser Abhandlung).

2. Schutz des Finders: Der Finder hat das Recht auf Ersatz seiner Aufwendungen (§§ 970), auf Finderlohn (§ 971), und er erwirbt unter gewissen Voraussetzungen das Eigentum an der Sache (§ 973). In den §§ 972 und 974 ist die Geltendmachung seiner Ansprüche näher geregelt. § 976 bestimmt die Rechte der Gemeinde und § 977 setzt eine dreijährige Ausschlussfrist für Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Finder oder die Gemeinde fest.

Betrachten wir nun, zu welchen Ergebnissen wir beim Vorliegen unbeauftragter Geschäftsführung gelangen würden.

Die Anzeige an einen ihm bekannten Empfangsberechtigten wird auch dem unbeauftragten Geschäftsführer obliegen, aber die an die Polizei bei Unkenntnis über die Person des Empfangsberechtigten schon deshalb nicht, weil die Polizei im allgemeinen in zivilrechtlichen Angelegenheiten nicht tätig zu werden

hat. Die Verpflichtung zur Verwahrung der Sache und wohl auch die zur eventuellen Versteigerung wird auch bei dem unbeauftragten Geschäftsführer gegeben sein, aber die den Schutz des Verlierers bezweckende wichtige Bestimmung des § 966, dass vor der Versteigerung der Polizei Anzeige zu machen ist, wird nicht zur Anwendung gelangen können. Weiter ist nicht ersichtlich, woher der unbeauftragte Geschäftsführer zur Ablieferung an die Polizei berechtigt und besonders verpflichtet sein sollte.

Was die Berechtigung zur Ablieferung bei der Polizei angeht, so könnte man meinen, dass er sich durch Benutzung der Hinterlegungsstelle helfen kann. Indessen ist die Hinterlegungsbefugnis ja nur für bestimmte Sachen gegeben. Wo sie vorhanden ist, würde sie allerdings dem unbeauftragten Geschäftsführer die Möglichkeit, sich der Sache zu entledigen, gewähren. Aber der sich so ergebende ganz unbegründete Unterschied zwischen dem, der einen zur Hinterlegung geeigneten und dem, der einen anderen Gegenstand „findet", dürfte nur ein weiteres Argumen für uns sein. Viel bedenklicher aber wäre, dass die Polizei kein Mittel hätte, den unbeauftragten Geschäftsführer zur Ablieferung der Sache zu zwingen, obgleich er die ungeeignetste Persönlichkeit für die Aufbewahrung fremden Eigentums sein mag.

Aus diesen Ergebnissen bezüglich der Ablieferung an die Polizei würde sich aber rückwirkend auch eine ausserordentlich weitgehende Beeinflussung der betreffenden Bestimmungen über im engeren

Sinne verlorene Sachen ergeben. Die Polizei müsste nämlich, wenn die obigen Ausführungen richtig wären, von jedem, der ihr eine gefundene Sache bringt, den Nachweis fordern, dass die Sache auch im strengen Sinne „verloren" ist und da naturgemäss der unglückliche Finder fast nie etwas darüber wissen wird, ob die Sache mit oder ohne Wissen und Willen des Verlierers aus dessen Gewahrsam gekommen ist, so wird ihn die Polizei, die ja keineswegs öffentliche Aufbewahrungsstelle für Güter jeglicher Art ist, eben abweisen müssen. Man wende nicht ein, dass die Polizei nach unserer Auffassung auch bei im strengen Sinne des Wortes „verlorenen" Sachen den genauen Beweis dieser Eigenschaft fordern müsste, — da es sich ja etwa um gestohlene Sachen handeln könnte, — was sie natürlich nicht tut, denn im allgemeinen wird doch kein Mensch auf die Idee kommen, andere als gefundene Sachen der Polizei abzuliefern. Es streitet also sozusagen eine Vermutung tatsächlicher Natur dafür, dass eine der Polizei als gefunden überbrachte Sache auch gefunden und somit verloren ist. Nichts aber spricht dafür, dass sie auch im strengen Sinne „verloren" ist, und dies würde die Polizei deshalb nach der von uns bekämpften Ansicht feststellen müssen, ehe sie eine Sache in Verwahrung nehmen dürfte und müsste. Damit wäre aber das unentbehrliche Recht des Finders auf Ablieferung der gefundenen Sache an die Polizei und ebenso seine entsprechende Verpflichtung auf Verlangen der Polizei praktisch wertlos gemacht.

Während endlich der Finder nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet, wäre der unbeantragte Geschäftsführer zur Anwendung aller Sorgfalt verpflichtet.[23] Die Bestimmung des § 969 fände auf ihn keine Anwendung. Daraus ergibt sich, dass er die Legitimation sich meldender Empfangsberechtigter mit aller Strenge zu prüfen hätte. Er ist für einen Irrtum bei dieser Prüfung, den er bei Anwendung der bei entgeltlichen Verkehrsgeschäften erforderlichen Sorgfalt hätte vermeiden können, allen Umfangs verantwortlich. Verzögert eraber die Herausgabe bis zur Erledigung seiner sorgfältigen Untersuchung, so droht ihm die Gefahr einer Klage des ungeduldigen Verlierers. Man wende nicht ein, dass er sich durch Ablieferung der Sache an die Polizei von allen Verpflichtungen befreien könnte, denn dies kann ja nur der Finder, nicht aber der unbeauftragte Geschäftsführer, hätte aber auch letzterer das Recht, so würde es ihm bei seiner strengen Haftung nichts nützen, denn die Polizei dürfte die Sache ja nur mit seiner Zustimmung herausgeben; erteilt er diese ohne genügende Prüfung, so kann er sich schadenersatzpflichtig machen, zögert er mit der Erteilung, um eine genaue Prüfung vorzunehmen, so droht die Klage des Empfangsberechtigten gegen die Polizei, die ihm den Streit verkündet und im Falle ihres Unterliegens auf ihn Regress nimmt.

---

23) Es bedarf nicht der Ausführung, dass § 680 BGB. nur ausnahmsweise zur Anwendung kommen würde.

Betrachten wir nunmehr die Ansprüche des unbeauftragten Geschäftsführers. Den Ersatz seiner Aufwendungen kann er allerdings nach § 683 im gleichen Umfang fordern, wie der Finder nach § 970, aber eine entscheidende Verschiedenheit ergibt sich bei der Frage des Finderlohns (§ 971), auf den ersterer selbstverständlich keinen Anpruch hat. Dass ohne den Finderlohn das ganze Fundrecht lahmgelegt wäre, ist bereits ausgeführt, die Anwendung auf unsern Fall liegt auf der Hand. Ebenso ist ein Eigentumserwerb (§ 973) für den unbeauftragten Geschäftsführer natürlich ausgeschlossen, und mangels guten Glaubens kann er auch nicht ersitzen. Gegenüber diesen fundamentalen Verschiedenheiten ist es von geringerer, aber nicht ohne Bedeutung, dass die für den Finder in den §§ 972, 974 gegebenen näheren Regelungen für die Geltendmachung seines Anspruches dem unbeauftragten Geschäftsführer fehlen. Dass für die Anwendung der §§ 975—977 im Fall der unbeauftragten Geschäftsführung kein Raum ist, bedarf nicht der Ausführung. Wohl aber ist es nicht ohne Interesse, darauf hinzuweisen, dass, während der Empfangsberechtigte sich von den Ansprüchen des Finders nach §§ 972, 974 durch Preisgabe der Sache befreien kann, ihm dies gegenüber dem unbeauftragten Geschäftsführer nicht möglich wäre. Fassen wir das Gesagte zusammen, so ergibt sich folgendes: Während der Finder nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet, Anspruch auf Finderlohn und eventuell auf Erwerb des Eigentums hat

und in der Lage ist, sich durch Ablieferung der Sache an die Polizei von jeder Verantwortlichkeit zu befreien, haftet der unbeauftragte Geschäftsführer für alles Verschulden, erhält so wenig Finderlohn, wie er Eigentum erwerben kann, und kann die Sache nicht abliefern. Ebenso ist die Polizei berechtigt, dem unzuverlässigen Finder die Sache wegzunehmen, sowie eine von ihm vorgenommene Versteigerung zu beaufsichtigen; beides ist ihm bei dem unzuverlässigen unbeauftragten Geschäftsführer unmöglich. Eine Gesetzauslegung, die zu solchen Ergebnissen führt, widerlegt sich selbst.

Betrachten wir nunmehr der Vollständigkeit halber noch kurz die Fälle der gemeinrechtlich sog. unechten negotiorum gestio und ihr Verhältnis zum Fundrecht.

Nach § 687, 1 finden die Vorschriften über unbeauftragte Geschäftsführung keine Anwendung auf den, der gutgläubig ein fremdes Geschäft als eigenes behandelt.

Bezüglich des Finders enthält das Gesetz keine ausdrückliche Regelung dieser Frage. Die Anwendung obiger Bestimmung auf ihn erweist sich aber nicht nur von unserm Standpunkt aus, wonach der Finder überhaupt als unbeauftragter Geschäftsführer anzusehen ist, als gerechtfertigt, denn weder bedarf es besonderer Motive, um jemanden zu veranlassen, eine vermeintlich ihm gehörige „verlorene" Sache an sich zu nehmen, noch ist es gerechtfertigt, für diese Tätigkeit eine Belohnung zu gewähren,

die legislativen Gründe also, auf denen das Fundrecht beruht, versagen hier. Nach § 687, 2 finden die Bestimmungen über unbeauftragte Geschäftsführung dann keine Anwendung, wenn jemand mala fide fremde Geschäfte als eigene behandelt. Dass dies auch für das Fundrecht gelten muss, bedarf nach obigem keiner näheren Begründung. Ebenso wird die dem Geschäftsherrn vorteilhafte Bestimmung des § 687,2, dass er nach seiner Wahl berechtigt ist, den bösgläubigen Geschäftsführer auch nach den Vorschriften über unbeauftragte Geschäftsführung in Anspruch zu nehmen, unbedenklich auf den Eigentümer oder sonstigen Berechtigten gegenüber einem bösgläubigen Finder auszudehnen sein; es liegt gewiss kein Grund vor, die erheblichen Vorteile, welche diese Bestimmung dem Geschäftsherrn bietet (s. Planck zu § 687, A. 2), dem Eigentümer u. s. w. vorzuenthalten, und wir dürfen sogar in der Tatsache, dass sonst die Stellung des Eigentümers u. s. w. gegenüber dem bösgläubigen Finder eine weit weniger geschützte wäre, als die des Geschäftsherrn gegenüber dem bösgläubigen Geschäftsführer, ein erhebliches Argument für unsere Ansicht, dass der Finder unbeauftragter Geschäftsführer ist, erblicken. Endlich bedarf es nur des Hinweises darauf, dass die Bestimmung des § 686 auch für den Finder Geltung haben muss. Da Unwissenheit des Finders über die Person des Verlierers einflusslos ist, kann auch der Irrtum keine Bedeutung haben.[24]

24) Das BGB. enthält keine Bestimmungen über die eben erörterten Fälle. Auch in der Literatur sind dieselben, soweit wir sehen, nirgends erörtert.

Die eben eingeschaltete kurze Betrachtung über die irregulären Fälle der Geschäftsführung ohne Auftrag ist indessen nur für sich von Interesse, für unser eigentliches Thema dagegen liefert sie kein Ergebnis.

Excurs über die Bedeutung des § 969 BGB.

Wir haben oben bei der Darstellung der Verschiedenheiten zwischen der Rechtslage des Finders und der des unbeauftragten Geschäftsführers den § 969 absichtlich nicht behandelt, um hier etwas ausführlicher auf seine Bedeutung einzugehen.

Nach unserer Auffassung besagt § 969, dass der Finder mit einer unten zu erwähnenden Einschränkung durch Herausgabe der Fundsache an den unberechtigten Verlierer auch bei Kenntnis von dessen Nichtberechtigung allen Berechtigten gegenüber befreit wird.

§ 969 wäre völlig überflüssig, wenn er nicht diese Bedeutung hätte. Zwar nicht aus dem Grunde, weil das Verhältnis zwischen dem Finder einerseits, dem Verlierer und den sonstigen Empfangsberechtigten andererseits schon durch § 428 geregelt würde: denn der Verlierer als solcher ist nach § 969 wohl empfangs- nicht aber forderungsberechtigt (dies ist bei Planck zu § 969 nicht beachtet). Aber welche Ansprüche könnte der Eigentümer oder ein anderer Berechtigter gegen den Finder wegen der Herausgabe der Sache an den unberechtigten Verlierer erheben, wenn die Bestimmung des § 969 nicht gegeben wäre? Doch nur solche aus einer

Verletzung der dem Finder nach § 969 obliegenden Sorgfalt. Weitere Ansprüche würden ihm aber auch nach § 969 nicht zustehen, falls derselbe entgegen unserer Ansicht nicht als eine besondere Bestimmung über den Grad der Haftung des Finders, sondern als eigenartige Normierung des Verhältnisses der Berechtigten zum Finder aufzufassen wäre, sodass in der Tat die Bestimmung einerseits gänzlich überflüssig, andererseits durch diese jedenfalls nicht zweifelsfrei festzustellende Überflüssigkeit verleitlich wäre, ein gerade bei einem mit solcher Genauigkeit gearbeiteten Gesetzbuch, wie das BGB. es ist, gewiss nicht zu vermutendes Ergebnis.

Man könnte einwenden, das Gesetz habe in § 969 einen generell schon in § 968 geregelten Fall noch speziell regeln wollen. Indes findet sich ein solches Verfahren, soweit wir sehen, nur dann, wenn es sich um eine besonders wichtige Bestimmung, oder um eine solche handelt, die leicht als unter der generellen Regelung nicht mitbegriffen aufgefasst werden könnte. Wieso hier einer dieser beiden Gründe gegeben sein könnte, ist nicht ersichtlich. Ausserdem dürfte aber eine genauere Betrachtung des gesetzlichen Sprachgebrauchs ergeben, dass die besondere Erwähnung eines Artbegriffes nach erfolgter Normierung des übergeordneten Gattungsbegriffes durchgehends nicht in einem neuen Paragraphen, sondern mittels eines durch die Partikel „insbesondere" eingeleiteten Nebensatzes geschieht (vergl. den Gebrauch dieser Partikel in den §§ 27, 94. 98. 99. **138. 254.** 69. 95. **328. 425.** 44. 48. **549.**

53. 82. **705.** 12. 23. 62. **829.** 65. 952. 1047. 1210. **1345.** 54. 62. 66. 81. **1432.** 77. **1646.** 50 66. 67. 87. **1909.** 10. 13. 67. 80. **2022.** 48. 81. **2227.** 95).

Wie genau dieser Sprachgebrauch innegehalten wird, ergibt sich daraus, dass die Anknüpfung eines nebengeordneten Begriffes im Gegensatz zu der soeben erörterten eines untergeordneten stets durch die Partikel „auch" erfolgt, vgl. §§ 15. 99. **105.** 9. 19. 30. 78. 79. **241.** 52. **428.** 37. 59. 88. 90. **525.** 56. **751.** 62. 64. 65. 72. 76. **802.** 12. 13. 21. 64. 65. 68. 69. 71. 79. 83. **938.** 49. 51. 53. 69. 99. **1009.** 23. 39. 52. 68. 72. 82. 88. 93. 94. 97. 98. **1105.** 8. 13. 16. 18. 38. 42. 57. 61. 81. 91. 96. **1204.** 24. 73. 82. 83. **1310.** 19. 21. 61. 63. 92. **1412.** 38. 78. 91. 92. **1506.** 16. 29. 30. 98. **1667.** 94. **1708.** 11. **1813.** 20. 35. **1900.** 9. 31. 51 59. **2008.** 12. 19. 20. 22. 29. 60. 63. 77. 79. 81. **2102.** 09. 11. 40. 44. 45. 58. 69. 72. 84. 87. 94. **2206.** 7. 9. 13. 22. 23. 55. 56. 66. 67. 68. 71. 75. 79. 81. 92. 99. **2312** 14. 26. 38. 41. 51. 57. 70. 82. 83.

Die einzige Ausnahme hiervon bildet, soweit wir sehen, § 1568, wo für „auch" nach unsern Ausführungen „insbesondere" stehen müsste. Aber in dem Entwurf der Kommission stand tatsächlich letztere Partikel, und erst bei der Revision durch den Bundesrat wurde bei Umgestaltung der Stelle die entsprechende Änderung vorgenommen; es ist selbstverständlich, wenn auch bedauerlich, dass eine politische Körperschaft derartige Einzelheiten nicht beachtete.

(Übrigens machen beide obige Zahlenreihen keinen Anspruch auf Vollständigkeit).

Auch die Fassung des Gesetzes also spricht dagegen, dass durch § 969 nur eine in § 968 implicite schon enthaltene Bestimmung noch besonders habe zum Ausdruck gebracht werden sollen. Man könnte uns entgegenhalten, dass nach unserer Auffassung der Finder auch dann, wenn er die Sache dem Verlierer, trotz Kenntnis von dessen Nichtberechtigung, zurückgibt, allen Berechtigten gegenüber befreit wird Dieses Ergebnis vertreten wir allerdings mit gewissen unten zu erwähnenden Einschränkungen, aber es erscheint bei näherer Betrachtung auch legislativ durchaus gerechtfertigt.

Derselbe Gedanke liegt der Bestimmung des § 793 BGB. zu Grunde, wonach der aus einem Inhaberpapier verpflichtete durch Leistung an den Inhaber auch dann befreit wird, wenn er dessen Nichtberechtigung kennt. (Vgl. Planck zu § 793 Anm. 3b mit Litteraturausgaben). Es mag dabei zur Unterstützung unserer Auslegung des § 969 betont werden, dass auch in § 793 nicht ausdrücklich ausgesprochen, ist, dass die dem Verpflichteten beiwohnende Kenntnis des Rechtsmangels auf Seiten des Inhabers gleichgültig ist. Die in § 851 getroffene abweichende Regelung ist dagegen als solche ausdrücklich bestimmt. Der hier fragliche gesetzgeberische Gedanke wird von Cosack (Gerber-C., Deutsches Privatrecht, 17. Aufl. § 237 S. 407) mit Bezug auf das Recht der Inhaberpapiere, sehr hübsch folgendermassen ausgedrückt: „Freilich liegt es

nahe, die Erhebung der Einrede, dass dem Papierbesitzer das Recht am Papier fehle, in diesem Falle (nämlich wenn der Schuldner weiss, dass der Besitzer das Papier widerrechtlich erworben hat) dem Schuldner — — — als Pflicht aufzuerlegen. Doch wäre das ungerecht gegen den Schuldner. Denn die blosse Erhebung der Einrede tut es ja nicht. Der Schuldner müsste vielmehr auch die Einrede beweisen, und dadurch, dass er persönlich den Rechtsmangel auf Seiten des angeblichen Gläubigers kennt, folgt noch nicht, dass er auch den Beweis dafür zu erbringen vermag, nicht alles, was man weiss, kann man beweisen. Misslingt aber der Beweis, so würde der Schuldner zur Leistung an den angeblichen Gläubiger verurteilt werden und obendrein Verzugszinzen und Prozesskosten bezahlen; diese Last kann man dem Schuldner nicht zumuten".

Ohne die Bestimmung des § 969 würde der Finder, der wissentlich einem Diebe die von diesem verlorene Sache herausgibt, den Berechtigten verantwortlich sein. Lässt er es aber, um dies zu vermeiden, auf einen kontradiktorischen Rechtsstreit — natürlich könnte ihn nur die Führung eines solchen schützen — ankommen, so läuft er die Gefahr, wenn er die Nichtberechtigung des Klägers nicht erweisen kann, die Prozesskosten tragen zu müssen.

Man könnte einwenden, dass der Vergleich des § 969 mit § 793 hinke, da der Finder einer verlorenen Sache sich dem Verlierer gegenüber keineswegs in derselben Lage befinde, wie der aus einem Inhaberpapier Verpflichtete dem Inhaber gegenüber.

Zwar wäre es nicht stichhaltig, zur Begründung dieses Einwandes darauf zu verweisen, dass der Finder ja in der Lage sei, sich durch Ablieferung der gefundenen Sache an die Polizei von jeder Verantwortlichkeit zu befreien. Denn nach § 975 darf diese ohne seine Zustimmung die Sache an Niemanden herausgeben, und wenn er wissentlich der Herausgabe an den Dieb — dessen Diebstahl er eben nicht beweisen kann — zustimmt und sie dadurch ermöglicht, so macht er sich in gleicher Weise wie durch unmittelbare Herausgabe verantwortlich.

Dagegen scheint es, dass die rechtliche Struktur der Klage des Inhabers eines Inhaberpapieres gegen den Verpflichteten eine andere sei, als die der des Verlierers gegen den Finder einer verlorenen Sache. Aber auch dies erweist sich bei näherer Betrachtung als irrig. Im ersten Fall hat der Kläger nichts zu beweisen, als den Besitz des Papieres; diesen Beweis führt er durch Vorlage. Der Beweis der Nichtberechtigung des Klägers liegt sodann dem Beklagten ob. Welche Tatsachen muss der Kläger im zweiten Fall behaupten und beweisen?

Die Klage des Verlierers — als solchen — gegen den Finder ist keine Klage aus einem Recht: wäre sie dies, so könnte ja der Beklagte vom Kläger den Beweis dieses Rechts verlangen, und ihre Struktur wäre allerdings von jener der Klage aus dem Inhaberpapier grundverschieden. Aber der Verlierer als solcher ist natürlich durch die Tatsache des Verlustes noch nicht irgendwie berechtigt.

Er ist nach § 969 zwar Empfangsberechtigter, aber er ist nicht forderungsberechtigt. Ebensowenig handelt es sich um eine Besitzklage; denn weder besitzt der Verlierer, noch ist ihm als solchem der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen. Vielmehr handelt es sich um eine Klage aus § 812 BGB., und der Verlierer hat nichts zu beweisen, als seinen früheren Besitz. Dieser Beweis wird im allgemeinen leicht zu erbringen sein, jedenfalls ist er von genau derselben juristischen Natur wie im ersten Fall jener der Inhaberschaft am Papier. Die Behauptung, dass der Verlierer nur Besitzdiener gewesen sei (vgl. Planck zu § 969) ist nichts als eine besondere Art qualifizierten Bestrebens der klagebegründenden Behauptung des früheren Besitzes. Ist diese Behauptung erwiesen, so ist es Sache des Beklagten, die Nichtberechtigung des Verlierers zu erweisen.

Der Vergleich zwischen § 969 und § 793 erscheint also berechtigt.

Selbstverständlich ist aber, dass weder (soweit ein krimineller Tatbestand gegeben ist) die Anwendung des § 257 StGB noch überhaupt die des § 826 BGB. dann ausgeschlossen ist, wenn der Finder seiner Sache sicher war und den gefundenen Gegenstand dem unberechtigten Verlierer aus dem Motiv und zu dem Zwecke herausgegeben hat, um ihm einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen oder den Berechtigten zu schädigen. Auch bei der von uns vertretenen Auslegung kommt man also nicht zu dem allerdings unerträglichen Ergebnis,

dass ein unter §§ 257 StGB. 826 BGB. fallender Tatbestand, sofern er zugleich durch § 969 BGB. gedeckt wird, Grundlage für die Haftbarmachung des Finders nicht sein könnte.

Die Unzuträglichkeiten der gegnerischen Ansicht ergeben sich bezüglich des Finders im engeren Sinne besonders aus ihrer Behandlung der culpa lata. Den Finder hierfür verantwortlich machen, heisst, ihm in allen Fällen, wo nach Sachlage leicht Bedenken bezüglich des Verlierers entstehen können, wenigstens eine nicht ganz oberflächliche Prüfungspflicht auferlegen. Der Verlierer wird aber meist auf deren Ergebnis nicht warten, sondern klagen.

Natürlich nützt es dem Finder nichts, wenn er bei der Polizeibehörde die Einleitung einer Untersuchung beantragt. Denn wenn der Verlierer das Ergebnis nicht abwartet, sondern klagt, trägt ersterer die Kosten, wenn die Untersuchung ergebnislos verläuft. In der Litteratur wird ganz überwiegend die von uns bekämpfte Ansicht vertreten, vgl. Dernburg III § 116 A. 14, Biermann zu § 969 (wenig klar) Planck zu § 969, Fischer-Henle zu § 969 A. 3, Buhl § 10,3d., Endemann II S. 344 A. 9, verbunden mit A. 7, endlich auch die Kommissionsprotokolle S. 3805 (Mugdan III, S. 658) Wie oben nur Matthiass II, S. 79 A. 2 und Cosack, B. II 2b, und auch wohl Kober zu § 969c.

Wenn wir oben uns für unsere Auslegung des § 969 auf § 793 beriefen, so ist ja allerdings die

von uns vertretene Auffassung desselben nichts weniger als unbestritten (vergl. z. B. dagegen Dernburg II § 149 I. 2. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse zu § 793). Vielleicht aber kann diese Auffassung des § 793 gerade in der Betrachtung des § 969 und besonders der von diesen beiden Paragraphen durch ausdrückliche Regelung des Falles der wissentlichen Leistung an den Nichtberechtigten abweichenden § 851 neue Stützpunkte finden. Wenn übrigens Oertmann l, c. den aus einem Inhaberpapier Verpflichteten bei Leistung an den nichtberechtigten Inhaber trotz Kenntnis des Rechtsmangels dann nicht haften lassen will, wenn der Verpflichtete den Rechtsmangel nicht beweisen kann, so nähert er sich damit unserer Auffassung im Resultat, nur dass nach seiner Ansicht den Verpflichteten zur Abwehr der Schadenersatzklage des Berechtigten die Beweislast dafür treffen würde, dass er den Rechtsmangel auf Seiten des Inhabers nicht beweisen konnte, was schwerlich gerechtfertigt wäre.

§ 9.

Betrachten wir in Verfolgung unseres Nachweises von der Unhaltbarkeit der Ergebnisse der gegnerischen Ansicht weiter deren Resultate unter dem Gesichtspunkt der Verteilung der Beweislast. Ist nur diejenige Sache verloren, die dem Verlierer ohne Wissen und Willen abhanden gekommen ist, so wäre die der Klage auf Fundlohn etwa entgegengestellte Schutzbehauptung des

Verlierers (und ebenso eines sonstigen Beklagten), die Sache sei ihm nicht mit Wissen und Willen abhanden gekommen — z. B. er habe das Café noch gewusst, in dem er seinen Schirm habe stehen lassen, und er habe ihn absichtlich stehen lassen, um zu prüfen, ob ein ihm verdächtiger Gast wirklich ein Cafédieb sei — nicht etwa eine von ihm zu beweisende Einrede. Sondern mit solcher Behauptung würde qualifiziert geleugnet, dass es sich um eine verlorene Sache handele, und der Kläger somit zum Beweise des Nichtvorhandenseins jener beiden subjektiven Momente genötigt. Dieser Beweis wird nun aber in den Fällen, wo der Verlierer der Beklagte ist, regelmässig nur durch Eideszuschiebung zu führen sein, und zwar Eideszuführung über eine innere Tatsache, bei der ein Nachweis des Meineids so gut wie unmöglich wäre. Wenn Stölzel treffend sagt, dass Beweislast halber Prozessverlust ist, wie viel mehr gilt dies im Falle eines nur durch Eideszuschiebung über eine innere Tatsache zu führenden Beweises!

Dass der Verlierer in Fundprozessen der Beklagte ist, wird, da er normaler Weise auch an der Sache oder wenigstens zum Besitze der Sache berechtigt sein wird, der häufigste oder doch ein sehr häufiger Fall sein. Ist dagegen ein nur Berechtigter der Beklagte, so wird sich die Sache insofern für den Finder günstiger stellen, als er auf das Zeugnis des Verlierers Bezug nehmen kann. Insofern scheint hier die Frage der Beweislast von geringerer Bedeutung — theoretisch, denn praktisch

wird eben sehr oft das Zeugnis des Verlierers nicht zu erlangen sein, namentlich in den Fällen, wo er unredlich in den Besitz der Sache gekommen war. Der berechtigte Verlierer wird aber auch meist der Beklagte sein.

Eine dem Finder so ungünstige Verteilung der Beweislast, wie sie sich auf grund der von uns bekämpften Ansicht ergeben würde, widerspricht dem Rechtsgefühl. Ist es doch der Verlierer, u.s.w., der von der Tätigkeit des Finders mühelos Vorteil hat.

Sie macht aber vor allem auch die Rechte des Finders im engeren Sinne praktisch in vielen Fällen illusorisch. Das aber kann nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber dem Finder Rechte habe gewähren wollen, die nur auf dem Papier stehen. Es kann dies umsoweniger angenommen werden, als diese unerträglichen Folgen sehr leicht durch eine andere Normierung der Beweislast hätte beseitigt werden können. Es brauchte nur dem § 965 ein Satz des Inhaltes hinzugefügt werden, dass eine Sache dann nicht als verloren anzusehen sei, wenn sie mit Wissen und Willen des Verlierers aus dessen Gewahrsam gekommen ist, und es konnte durch die Fassung des Gesetzes zum Ausdruck gebracht werden, dass für diese Besauptung den Verlierer (resp. den sonstigen Empfangsberechtigten) die Beweislast treffe. Berücksichtigt man, dass im BGB. auf die Regelung der Beweislast die grösste Sorgfalt verwendet worden ist, [25] sowie ferner, dass

25) S. Planck B. I. Vorbemerkungen V. vor 1, Beckh. Beweislast nach dem BGB. § 5.

die sich auf grund der von uns bekämpften Ansicht ergebende Beweislastverteilung zu unerträglichen Ergebnissen führt, so wird man nicht darüber im Zweifel sein, dass der Gesetzgeber eine andere Regelung der Beweislast angeordnet hätte, wenn der Begriff der verlorenen Sache auf ohne Wissen und Willen abhanden gekommene Sachen zu beschränken wären. Daraus also, dass das nicht geschehen ist, ergibt sich, dass letzteres nicht der Fall ist. Nicht nur aber, dass der Finder einer im strengen Sinne des Wortes verlorenen Sache in der Geltendmachung seiner Rechte sehr verhindert sein wird: es wird auch bei der von uns bekämpften Ansicht in vielen Fällen zweifelhaft bleiben, ob ein Fund vorliegt oder nicht, nämlich immer dann, wenn irgend ein Empfangsberechtigter nicht bekannt und also über die näheren Umstände des Verlustes nichts zu ermitteln ist. In solchem Falle würde jeder, der sich noch so gutgläubig für einen Finder hält, 30 Jahre lang der Gefahr ausgesetzt sein, für einen unbeauftragten Geschäftsführer erklärt und als solcher Rechtsfolgen unterworfen zu werden, an die er nie gedacht hat. In der Tat ein Ergebnis, dass jeden vernünftigen Menschen abhalten müsste, eine „verlorene" Sache zu „finden" und an sich zu nehmen!

§ 10.

Wir gingen oben davon aus, dass die Beschränkung der Anwendung der Bestimmungen des Fundrechts auf im strengen Sinne des Wo.ts ver-

lorene Sachen zu praktisch unhaltbaren Ergebnissen führe. Wir suchten nachzuweisen, dass die analoge Anwendung dieser Bestimmungen logisch zulässig und praktisch geboten sei. Es bleibt aber die Frage zu erörtern, ob nicht auch durch andere Konstruktionen das von uns gefundene Resultat zu gewinnen ist. Mit anderen Worten: es ist zu prüfen ob unsere Konstruktion nicht nur möglich, sondern mangels einer anderen haltbaren auch notwendig ist.

Erst bei Beantwortung dieser Frage kommen wir dazu, systematisch zu der vorhandenen Litteratur Stellung zu nehmen, was wir bisher nur gelegentlich tun konnten, da viele der von uns erörterten Punkte, soweit wir sehen, anderweitig nicht behandelt sind.

Planck (Anm. 1a zu § 965) geht gleich uns davon aus, dass eine Beschränkung der hier fraglichen Bestimmungen auf verlorene Sachen im engeren Sinne zu unerträglichen Ergebnissen führe.

„Es wäre sachlich nicht gerechtfertigt, wenn der Finder einer gestohlenen, vom Diebe aber wieder weggeworfenen Sache nicht die in den §§ 965 ff. bestimmten Pflichten und Rechte hätte und nicht nach den §§ 973 u. 974 das Eigentum an der Sache erwerben könnte". Er nimmt deshalb an, dass zu den „verlorenen" Sachen des § 965 auch die „sonst abhanden gekommenen" gehören.

Diese Annahme muss aber als äusserst willkürlich bezeichnet werden.

Planck selbst führt an, dass an anderen Stellen z. B. den §§ 935 und 1006, 1007 neben den ver-

lorenen Sachen die sonst abhanden gekommenen ausdrücklich erwähnt werden. Wenn also in dem § 965 nur von verlorenen Sachen die Rede ist, so spricht zunächst die Wortauslegung mit grosser Entschiedenheit gegen seine Ansicht, und es würde starker logischer Gründe bedürfen, um demgegenüber ihre Richtigkeit zu beweisen.

An solchen Gründen aber mangelt es nicht nur, sondern auch abgesehen von dem Wortlaut des Gesetzes, ist Planck's Ansicht logisch unhaltbar. In dem § 935 (und analog 1006, 1007, 1207, 1208) ist der Grundgedanke der, dass die mit Willen des Eigentümers aus seinem Besitz gekommenen Sachen anders behandelt werden sollen, als die, bei denen dies nicht der Fall ist. Verlorene[26] und sonst abhanden gekommene Sachen stehen in dieser Beziehung gleich. Für das Fundrecht aber ist von entscheidender Bedeutung, dass die verlorene Sache sich in Niemandes Gewahrsam befindet, was bekanntlich für die abhanden gekommene Sache durchaus nicht mit Notwendigkeit zutrifft.

Planck sieht sich denn auch genötigt, nachdem er erst erklärt hat, zu den verlorenen Sachen im Sinne des § 965 gehörten auch die abhanden gekommenen, diese Behauptung auf solche abhanden gekommenen Sachen einzuschränken, die sich in Niemandes Gewahrsam befinden, andererseits aber dehnt er seinen Begriff ungebührlich aus, indem er

26) Wir betonen, dass die von uns vertretene analoge Anwendung der §§ 965 ff. und die daraus sich ergebende Ausdehnung des Begriffes der verlorenen Sache sich selbstverständlich auf das Fundrecht beschränkt.

eine Sache auch dann als verloren betrachtet, „wenn die Gewalt über sie von dem unmittelbaren Besitzer freiwillig, aber ohne Willen des mittelbaren Besitzers (Vermieters, Verpfänders, u. s. w.) aufgegeben ist".

Mit diesen Ausführungen wird nun aber der Kreis der nach dem Satze „Hand wahre Hand" abzugrenzenden „abhanden gekommenen" Sachen durchbrochen und es werden zu den verlorenen Sachen solche gerechnet, die nicht einmal zu den „abhanden gekommenen" gehören. Ebensowenig nun, wie für die Ausdehnung des Begriffes der verlorenen Sachen auf die sonst abhanden gekommenen, ist für die des Begriffes der verlorenen Sachen über den Umfang der abhanden gekommenen hinaus eine irgend haltbare Grundlage geschaffen. Denn die inhaltlich ja gerechtfertigte Berufung auf den Zweck des Gesetzes gibt erst dann eine solche, wenn gezeigt ist, wie sich der Wortlaut des Gesetzes mit den Anforderungen des Zwecks vereinigen lässt. So lange dieser Nachweis nicht geliefert is, sind die Ausführungen über den Zweck des Gesetzes nur de lege ferenda von Bedeutung.

Die Planck'schen Ausführungen sind aber nicht nur willkürlich, sondern sie stehen direkt im Widerspruch zu den gesetzlichen Begriff des Verlierers.

„Verlierer" im Sinne des Gesetzes ist einfach derjenige, der den Gewahrsam der Sache zuletzt gehabt und dann verloren hat.

Das Bestehen irgend einer rechtlichen Gebundenheit der Sache an dem Verlierer wird nicht gefordert, es genügt obige Tatsache. Dies folgt aus der Bestimmung des § 965, wonach der Verlierer als solcher Empfangsberechtigter ist, und besonders aus § 969: denn wenn als Verlierer nur derjenige anzusehen wäre, der ein Recht an der Sache oder auf die Sache hat, so wäre die Bestimmung des § 969 wegen § 428 völlig überflüssig. Ebenso entspricht es nur dem allgemeinen Sprachgebrauch, denjenigen als Verlierer einer Sache zu bezeichnen, der sie tatsächlich „verloren" hat. Niemand wird (wie Planck l. c. dies tut) eine ihm gestohlene, vom Diebe aber wieder — vielleicht 2 Jahre nach dem Diebstahl, als sich zuerst Verdacht auf ihn lenkt — fortgeworfene Sache dann und deshalb als von ihm verloren bezeichnen, wenn der Dieb sie fortgeworfen hat.[27] Und ebensowenig wird der mittelbare Besitzer sagen, er habe eine Sache verloren, wenn der unmittelbare Besitzer sie fortgeworfen hat.

Da Planck an dem usprünglichen Begriff der verlorenen Sache festhält und die Möglichkeit von dessen analoger Anwendung nicht untersucht, so muss er, um zu praktisch erträglichen Ergebnissen

---

27) Es ist hierbei zu beachten, dass bei Planck nicht etwa von analoger Anwendung, sondern von direkter Ausdehnung des Begriffs die Rede ist. Richtig bemerkt Dernburg § 116 II. A. 8, und V. 5. dass in obigem Fall der Dieb, nicht etwa der Bestohlene der Verlierer ist, ebenso schon das preussische Obertribunal in der viel zitierten, übrigens aber für unser Thema nicht weiter interessierenden Entscheidung B. XXII S. 130.

zu kommen, einen künstlichen und, wie nachgewiesen, unhaltbaren Begriff des Verlierers konstruieren, indem er nur den Berechtigten und bei mehreren Berechtigten gar nur den ursprünglich Berechtigten als Verlierer betrachtet.

Wenn Planck im Ergebnis mit uns im wesentlichen übereinstimmt,[28] so konnten wir seine Begründung in keiner Weise billigen.

Es genügt eben nicht, das Gesetz so auszulegen, dass praktisch brauchbare Ergebnisse gewonnen werden, sondern es muss auch diese Auslegung in wissenschaftlich begründeter Weise erfolgen. Ist es bei Anwendung der anerkannten Auslegungsregeln nicht möglich, zu praktisch erträglichen Ergebnissen zu gelangen, so hat sich der Jurist mit der Feststellung dieses Ergebnisses zu begnügen und höchstens eine Änderung des Gesetzes vorzuschlagen.[29]

---

28) Nicht ganz. In dem oben erwähnten Fall des Eigentümers z. B., der seine Wertsachen vor einer drohenden Zwangsvollstreckung verbirgt, finden die Bestimmungen des Fundrechts nach Plancks Ansicht keine, nach unserer analoge Anwendung.

29) Wenn Planck seine Ausführungen auch auf die Motive (B. III. S. 375, Mugdan III. S. 208 f.) zu stützen sucht, so kann zunächst wohl als feststehend bezeichnet werden, dass den Motiven eine bindende Bedeutung für die Auslegung des BGB. nicht zukommt. (vgl. z. B. Planck I. Einl. S. 27 V. sowie das Reichsgericht in der Entscheidung in Seufferts Archiv 1903 N. 47. „Übrigens würden auch die Motive, nicht von massgebender Bedeutung für die Auslegung des Gesetzes sein, da sie als eine nicht von den gesetzgebenden Faktoren herrührende Privatarbeit weder die Bestimmung noch die Macht haben, das Gesetz zu deklarieren"! Davon abgesehen besagen die Motive aber nicht, was Planck aus ihnen herausliest, sondern sie enthalten nur die gewiss zutreffende Bemerkung, dass von verlorenen Sachen öfter in einem Sinne gesprochen werde, der für das Fundrecht zu eng sei. Damit begründen sie die Fassung: „verlorene oder sonst abhanden

Die Ausführungen Planck's sind von denjenigen Schriftstellern, die überhaupt auf den Begriff der verlorenen Sache eingehen, im wesentlichen übernommen. Es genügt daher, bezüglich ihrer Ausführungen auf unsere obige Kritik zu verweisen.[30] Wir sehen demnach, dass bei der Auslegung des § 965 nur 2 Wege denkbar sind: entweder strenge Wortauslegung, oder analoge Anwendung. Da es auf dem ersten Wege nicht möglich ist, zu einer Befriedigung der Bedürfnisse des Rechtslebens zu gelangen, so muss eben der zweite gewählt werden.

§ 11.

Es erübrigt, den Inhalt unserer Ausführungen in einer Definition zusammenzufassen.

Als verloren gilt uns diejenige bewegliche nicht herrenlose Sache, die aus der normalen Herrschaftssphäre des letzten Besitzers gekommen ist, ohne in die eines anderen gelangt zu sein.[31]

---

gekommene Sachen", ohne damit auf den sonst technisch gebrauchten Begriff der „abhanden gekommenen" Sachen Bezug nehmen zu wollen. Wenn dann später die jetzige Fassung gewählt wurde, so dürfte dabei von der Ansicht ausgegangen sein, dass einerseits auch so die Wissenschaft den Begriff in der erforderlichen Ausdehnung, auffassen, andererseits die Verleitung zur Heranziehung des nicht passenden technischen Begriffs der „abhanden gekommenen" Sachen vermieden werde.

30) Wie Planck, Kober § 965 l. c., Biermann § 965 l. Auf Planck verweisen Buhl § 10 S. 53 A. l. Kuhlenbeck § 965, 1. Dernburg § 116 II erklärt ohne weitere Begründung für Gegenstände des Fundes „Sachen, die der tatsächlichen Gewalt ihres Inhabers derartige entkommen sind, dass er nicht mehr weiss, wo sie sich befinden". Ähnlich Endemann II 36,2 über Enneccerus Lehmann cf § 11.

31) Ohne sachliche Änderung liesse sich diese Definition natürlich auch dahin ausdrücken, dass als verloren nur die diesem

Diese Definition inhaltlich zu rechtfertigen muss unsere gesamte Abhandlung dienen. Nur auf einen Entwurf ist hier noch zu antworten. Man könnte einwenden, dass unsere, die Willensrichtung des Verlierers nicht berücksichtigende Auffassung in ihren Ergebnissen nicht zu beanstanden sei, soweit diese Willensrichtung rechtlich unbeachtlich oder gar zu missbilligen wäre. Man wird vielleicht daran keinen Anstoss nehmen, dass eine Sache als verloren gilt, trotzdem ein Dieb sie absichtlich versteckte, oder ein Zwanzigmarkstück, das etwa ein wunderlicher Kauz auf eine belebte Strasse legt, um zu sehen, ob ein Ehrlicher es findet. Hier ist es sicherlich dem Rechtsgefühl nur entsprechend, wenn trotz Absichtlichkeit des Abhandenkommens das Fundrecht Anwendung findet.

Gesetzt aber, es legt jemand auf einer Bergbesteigung, nicht weit vom Gipfel, sein Gepäck ab, um es auf dem Abstieg wieder mitzunehmen; inzwischen aber kommt jemand dort vorüber, hält das Gepäck für verloren und nimmt es mit: nach unserer Definition, könnte man einwenden, müsste der erste Bergwanderer, um sein Gepäck, von dem er sich eine halbe Stunde entfernt hatte, wieder zu erlangen, Finderlohn bezahlen.

Dieser Einwand ist ohne weiteres als berechtigt zuzugeben, zu bestreiten ist aber, dass damit irgend etwas gegen unsere Auffassung erwiesen sei.

Begriff in seiner Strenge entsprechenden Sachen zu bezeichnen und auf die übrigen oben erwähnten die Bestimmungen über verlorene Sachen analog anzuwenden seien.

Ein jedes Gesetz, mag es nun über die wichtigsten Lebensfragen eines Volkes, oder mag es, wie allerdings das Fundrecht, nur über verhältnismässig unwichtige Fragen Bestimmungen treffen, erscheint als die Resultante der von den Kräften der verschiedenen Interessengruppen ausgehenden, einander oft entgegengesetzten Bewegungen. Es ist die Aufgabe des Gesetzgebers, zwischen den verschiedenen Interessen einen Kompromis zu schaffen, aber es ist kein Gesetz möglich, durch das nicht das eine oder andere Interesse geschädigt würde. Die Tatsache der Schädigung eines Interesses ist also an sich kein Einwand gegen die Brauchbarkeit eines Gesetzes oder die Haltbarkeit einer Gesetzauslegung: Dazu gehört, dass wichtigere Interessen den unwichtigeren geopfert werden.

Richtig ist, dass bei unserer Auffassung die Interessen des Verlierers, möglicherweise geschädigt werden können. Wir glauben aber, gezeigt zu haben, dass die bei der entgegengesetzten Auffassung sich ergebende Schädigung der Interessen des Finders ungleich erheblicher wäre.[32]

32) Auch in der früheren Literatur wurde von angesehenen Schriftstellern die sog. subjektive Theorie vertreten, nach der eine Sache schon dann verloren ist, wenn der Finder sie für verloren halten durfte, cf. Delbrück § 6 Anm. 21, Dernburg, Preuss Privatrecht, 4. Aufl. I. § 232, 1 (letzterer bezeichnet als verloren Sachen, welche, „entweder der Gewahrsam des bisherigen Inhabers entkommen sind, oder die wenigstens in einer Lage angetroffen werden, in welcher der Finder mit gutem Schein, wenn auch vielleicht irrtümlicherweise, glauben konnte, dass der frühere Inhaber die Sache verloren habe". In seinem Werk über das Recht des BGB. erörtert Dernburg die Frage, ebensowenig, wie die anderen Schriftsteller über das BGB. mit Ausnahme von

Es sind Fälle denkbar, wo es besonders unbillig erscheint, Verlust als vorliegend anzunehmen, z. B. in unserm obigen Beispiel hat sich der eine Bergwanderer nur auf einen ganz kurzen Zeitraum entfernt, als der andere sein Gepäck findet. Aber wenn es unbefriedigend ist, in solchen Fällen Verlust als vorliegend anzunehmen, so besteht dieselbe Schwierigkeit auch für jede andere Auffassung z. B. es verliert jemand auf der Strasse sein Portemonnaie, er bemerkt es sofort, aber schon hat es ein anderer gefunden. „Die Begriffe sind bekanntlich niemals so scharf, dass sie einen festen Abschluss bieten, sondern sie bezeichnen das, was das Recht will, vielfach nur von ungefähr. Wenn z. B. von Öffentlichkeit, von Ärgernis, von Besitz die Rede ist, so lässt sich zwar in vielen Fällen, die gleichsam in der Mitte des Begriffes liegen, die Entscheidung mit Sicherheit geben; nicht ebenso aber, wenn man an die Grenzen des Begriffes gelangt, dann da verschwimmt der Begriff und geht in ein Halbdunkel über, so dass es schwer zu sagen ist, wo er endgültig aufhört". (Kohler in Holtzendorff's Encyklopädie 6. Aufl. I, S. 17). Mehr als für viele andere Begriffe gelten diese Worte für den im allgemeinen von dem Begriff des Besitzverlustes bestimmten der verlorenen Sache; von welch letzterem Buhl (§ 10,1) mit Recht sagt: „eine erschöpfende Begriffsbestimmung

---

Enneccerus-Lehmann dies tun. Letzterer definiert: „finden ist das Gewadrwerden und Ansichnehmen augenscheinlich wider den Willen des Berechtigten aus dessen Besitz gelangter, meist also verlorener beweglicher Sachen", ohne in seiner kurzen Darstellung eine weitere Begründung zu geben. (B, II. § 65, 1).

erscheint aussichtlos". Der Anwendung des richterlichen Taktes muss also bei jeder Definition ein weiter Spielraum verbleiben. Nur hierdurch wird im einzelnen Fall befriedigend festgestellt werden können, ob eine Sache verloren ist oder nicht.